Alfons Aragoneses

La memoria del derecho

La construcción del pasado en los discursos jurídicos

Introducción: historicismo tras el fin de la historia

La caída de los regímenes socialistas del Este de Europa permitió defender la idea del fin de la historia.[1] El simbólico tránsito del año 1999 al año 2000, el cambio de siglo y los atentados en Nueva York en 2001, considerados por la administración americana como el momento inicial de una nueva era, alimentaron la idea de un « presente omnipresente » o una « sociedad del presente » como la llama el historiador François Hartog,[2] según el cual la sociedad occidental que en palabras de Lévy-Strauss era una « société chaude », consciente de su historicidad, se está convirtiendo en una « société froide », una sociedad que no siente esta historicidad.[3]

La historiografía se ha visto afectada por este "presentismo". En los planes de estudio de las universidades y de la enseñanza secundaria triunfan las ciencias que permiten medir el crecimiento económico y proveer de mecanismos de gestión de la economía y de la administración.[4] Pierden las humanidades, la historia y la filosofía.[5]

Consecuencia de esta tendencia debería haber sido la expulsión de las referencias al pasado de los discursos políticos y, en el plano estrictamente jurídico, una total separación entre discurso jurídico y discurso histórico.

1 Fukuyama (1992).
2 Idem, 28.
3 Ibidem, 47.
4 Así, la Ley española de Mejora de la Calidad de la Educación (LOMCE) incorpora como competencia « Sentido de la iniciativa y espíritu emprendedor ». Vid. la presentación del Ministerio de Educación: www.mecd.gob.es/educacion-mecd/mc/lomce/inicio.html;jsessionid=75AB4DC24256E858BE31C8ED102EFE96.
5 Los profesores se movilizan para que se mantenga la Filosofía en las aulas, La Vanguardia, 22.10.2015.

Siguiendo en este punto a Niklas Luhmann, el derecho debería considerar como no derecho aquellos discursos que no sirvan para crear certidumbre jurídica.[6] Este sería el caso de la historia.

Pero el derecho del momento actual no renuncia a reelaborar el pasado, como tampoco renunció a ello el derecho posterior a las revoluciones liberales. Hoy los discursos posthistóricos y postideológicos contrastan con una importante presencia de referencias históricas en todo tipo de textos jurídicos. Lejos de desaparecer, esta historia construida o reproducida por el derecho crece haciéndose presente en preámbulos de leyes, sentencias judiciales y leyes de memoria. Legisladores y representantes políticos a nivel nacional e internacional reconstruyen la historia de gestas heroicas, derrotas o momentos fundacionales. A continuación presento algunos ejemplos.

Si leemos la Constitución de Croacia de 1991, lo primero que encontramos es una página dedicada a los « fundamentos históricos ». En ellos se afirma que la existencia del Estado croata se fundamenta en la

> identidad nacional milenaria de la nación y el Estado croatas y la continuidad de su Estado (*Statehood*) confirmada a lo largo de toda su experiencia histórica así como en la perpetuación y el desarrollo de la idea de construcción del Estado basada en el derecho histórico de la nación croata a la plena soberanía.[7]

Estos "hechos históricos" antecedan cualquier referencia a los derechos individuales y colectivos de los croatas. Es destacable también que la reforma constitucional de 2010 no modificase estos fundamentos.

La Constitución húngara de 25 de abril de 2011, en su declaración nacional (*national avowal*) establece que

> Estamos orgullosos de que nuestro Rey San Esteban construyó el Estado húngaro con bases sólidas e hizo de nuestro país una parte de la Europa cristiana hace mil años.
> Estamos orgullosos de que nuestros antecesores lucharan por la supervivencia, la libertada y la independencia de nuestro país.
> Estamos orgullosos de los destacables logros intelectuales del pueblo húngaro.
> Estamos orgullosos de que durante siglos nuestro pueblo defendió a Europa en una

6 Luhmann (1993) 35, 143 y ss.

7 Sigo la versión oficial en inglés del Parlamento croata disponible en su web: www.sabor.hr/Default.aspx?art=2405. La traducción al castellano y todas las que siguen son mías si no se indica lo contrario.

serie de luchas y que enriquecieron los valores comunes de Europa con su talento y diligencia.[8]

En 2008, el Parlamento Europeo decidió establecer el 23 de septiembre como día de recuerdo de las víctimas del nazismo y el estalinismo.[9] Otra declaración fue aprobada en la misma cámara sobre el Holodomor ucraniano.[10] Un año después votaba una resolución sobre conciencia europea sobre el totalitarismo.[11]

En nuestro solar hispano encontramos también un uso intenso de la historia. Recordemos que, en su disposición adicional primera, la Constitución española « ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales » y que el Tribunal Constitucional determinó qué territorios podían alegarlos y cuales no.[12] No olvidemos tampoco que las reglas constitucionales que regulan la Corona actualizan en parte normas del siglo XIX y también normas del régimen franquista.[13]

Las entidades nacionales no estatales, privadas del poder de un Estado, usan con frecuencia la historia como mecanismo de defensa de la propia identidad. Así, el Estatuto catalán de 2006 mira también al pasado en su preámbulo en el que declara que

El pueblo de Cataluña ha mantenido a lo largo de los siglos una vocación constante de autogobierno, encarnada en instituciones propias como la Generalitat – que fue creada en 1359 en las Cortes de Cervera – y en un ordenamiento jurídico específico recogido, entre otras recopilaciones de normas, en las « Constitucions i altres drets

8 Constitución de Hungría. He utilizado la versión inglesa disponible en el portal del Gobierno: www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf.

9 Declaración del Parlamento Europeo sobre la proclamación del 23 de agosto como Día Europeo Conmemorativo de las Víctimas del Estalinismo y del Nazismo, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P6_TA(2008)0439&language=EN.

10 Parlamento Europeo: Resolución de 23 de octubre de 2008 sobre la conmemoración del Holodomor, la hambruna artificial ucraniana (1932–1933), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008–0523&language=ES.

11 Resolución del Parlamento Europeo, 23 de octubre de 2008, sobre la conmemoración del Holodomor, la hambruna artificial en Ucrania (1932–1933), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009–0213+0+DOC+XML+V0//ES.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1988 de 26 de abril. Fundamento jurídico 2. BOE 125, 25.05.1988, 6–14, www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1988–12887.

13 Cerdà Serrano (2015).

> de Catalunya ». Después de 1714, han sido varios los intentos de recuperación de las instituciones de autogobierno.[14]
> El mismo preámbulo establece como fundamentos del autogobierno de Cataluña la Constitución española « así como en los derechos históricos del pueblo catalán ».

Otro ejemplo lo encontramos en la ley que en 2015 abría la puerta a conceder la nacionalidad a los sefardíes originarios de España. Esta ley contiene un preámbulo que (re)construye la historia de la relación entre las instituciones españolas y los judíos desde el siglo XIX hasta nuestros días.[15] El texto crea una identidad para todos los sefardíes: dice que fueron los judíos los que tomaron la « drástica vía del exilio » y que pese a ello no guardaron « rencor » y fueron « leales a España ». Afirma además que el asesinato de miles de sefardíes selló el vínculo de España con la memoria del Holocausto.

La lista de casos de creación de historia por el derecho es larga. Encontramos historia actualizada por el derecho en sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos que revisan el pasado reciente de Europa,[16] en leyes de memoria: aquellas que, en palabras de Antoon de Baets « prescriben o proscriben una forma de mirar al pasado ».[17] La encontraríamos también en el paisaje institucional, en forma de edificios institucionales neogóticos en Gran Bretaña o en Suiza o en términos que dan nombre a instituciones del presente pero que han sido extraídos de textos jurídicos del pasado lejano. Me refiero a la Generalitat de Cataluña o los Mossos d'Esquadra en Cataluña, a la figura del Justicia en Aragón y también a las Cortes españolas.

En todos estos casos el objetivo, según mi modo de ver, no es meramente estético: estas reconstrucciones de la historia forman parte del discurso jurídico: enmarcan, presentan, ayudan a interpretar las normas y tienen por tanto una dimensión jurídico-normativa. Tienen además la función de crear consenso social y desarrollar la identidad colectiva de la comunidad a la que

14 Versión oficial extraída de la página web de la Generalitat de Cataluña: http://web.gencat.cat/es/generalitat/estatut/estatut2006/preambul.

15 Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. BOE 51, 25.06.2015, pp. 52557–52664. Sobre la ley vid. Aragoneses (2016).

16 Belavusau, Gliszczynska-Garabias (2017).

17 De Baets (2017).

se impone la norma. La historia que crea el derecho tiene por tanto interés para el conocimiento de la cultura jurídica.

Me interesa exponer en las páginas que siguen las funciones que juega este historicismo en el derecho. Planteo una propuesta metodológica para su estudio en la que me apoyo en parte en la perspectiva de la “global legal history” y también en la antropología. Me interesa demostrar como el estudio del historicismo es útil en el estudio de las culturas jurídicas y también en el conocimiento de los mecanismos de creación y desarrollo de identidades colectivas.

Una nueva metodología para un viejo fenómeno

La actualización o recreación del pasado por parte del derecho no es un fenómeno reciente. El derecho siempre ha tenido mecanismos de memoria y de olvido. En culturas jurídicas de tipo tradicional, las referencias al pasado jugaban una función legitimadora. El *Enchiridion* de Pomponio es quizás el caso más antiguo conocido de legitimación histórica del derecho.[18] En la Edad Media, la historia y la tradición son formas de legitimar el poder y el derecho. Pero las revoluciones liberales no acabaron con este fenómeno, sino al contrario: promovieron la « invención de la tradición » en diversos lugares y de diferentes formas. Como afirman Eric Hobsbawm y Terence Ranger « la ideología liberal del cambio social decimonónica fracasó sistemáticamente al no suministrar los lazos sociales y de autoridad que se daban por supuestos en anteriores sociedades y creó vacíos que debieron llenarse con prácticas inventadas ».[19]

Tradicionalmente se ha identificado al historicismo jurídico con la obra de Savigny y su supuesta recepción fuera de Alemania.[20] Lloredo Alix, en un reciente trabajo, indaga en las fuentes filosóficas del historicismo y demuestra que este aparece ya en Agustín de Argüelles y se desarrolla más tarde en las escuelas históricas patrias.[21] Según Lloredo, este historicismo, « lejos de ser una corriente foránea, se trata de un fondo que entronca con la Ilustra-

18 Sobre los mitos en la historia del derecho romano vid. Fögen (2002).

19 Hobsbawm/Ranger (2002).

20 Lloredo Alix (2014). Vid también Lloredo Alix (2015), Sturmel (2002), Dilcher (2016), Contreras Peláez (2005).

21 Lloredo Alix (2015).

ción y que se desarrolla de forma autónoma hasta bien entrado el siglo XIX ».[22] Lloredo Alix cita la tesis de Ramón Fernández Carvajal de 1955 que analiza el historicismo jurídico entre 1700 y 1850.[23]

Ni el historicismo nace con Savigny ni se reduce a las manifestaciones del pensamiento jurídico, lo que obliga a estudiarlo desde otras perspectivas: la historia, la antropología y las propuestas metodológicas de la historia crítica del derecho o la Global Legal History.

Partiendo de la teoría de sistemas, Raffaele de Giorgi reflexionó hace ya unos años sobre el concepto de memoria del derecho. Según el autor italiano, el sistema jurídico tiene su propia memoria; un mecanismo que no reproduce en el presente el tiempo pasado sino que crea un tiempo pasado nuevo, construye un segundo tiempo, un « tiempo en el tiempo ».[24]

De Giorgi analiza el caso de Roma y del derecho romano para reflexionar sobre la función de la memoria en el derecho. Según su idea, Roma sirvió para diferenciar el derecho romano del derecho de otros pueblos y, tras la caída del Imperio romano, para que los distintos sistemas jurídicos a partir de Roma se autodefiniesen como racionales y legítimos en oposición a otros. Roma, como afirma de Giorgi, es la memoria del derecho. Y la idea de Roma o las representaciones de Roma pertenecen a la memoria del observador de los sistemas jurídicos posteriores al romano.[25]

Esta construcción de Roma sirve para explicar un proyecto o para diferenciar una comunidad humana de otra: los romanos de los bárbaros o el Ius Commune de derechos rústicos.[26] Vale para el derecho romano pero también para otros ordenamientos que reconstruyen una *Mythologie des Ursprungs* o mitología del origen para diferenciarse de otros derechos,[27] sea el yugoslavo para el croata o el español decimonónico para el catalán.

Desde una perspectiva similar, en 2003 Marie Theres Fögen también hacía referencia a la función de "Roma" en los discursos jurídicos posteriores a Roma:

22 Lloredo Alix (2015) 165.
23 Fernández Carvajal (1955).
24 De Giorgi (2004) 143. Sobre la dimensión temporal de la historia del derecho vid. Solla, Meccarelli (2016).
25 De Giorgi (2004) 144.
26 De Giorgi (2004) 143.
27 De Giorgi (2004) 145.

> Se han creado, se han usado y se usan diferentes "Romas". La Roma de la religión ha sido siempre una Roma cristiana, Santa; la Roma del derecho ha sido una Roma profana y racional; la Roma de la política, según conviniese, una Roma republicana o monárquica; la Roma de la historiografía una historia en ascenso o en decadencia. Bajo un techo común, "Roma", los diferentes sistemas sociales han construido sus propias "Romas", han especificado "Roma" sin renunciar a "Roma".[28]

António Hespanha recurre a la historia y a la sociología para explicar cómo la historiografía tradicional del derecho ha jugado y juega la función de legitimar el derecho.[29] Nos recuerda que Max Weber ya escribió sobre los mecanismos de creación y mantenimiento del consenso social alrededor del derecho. El historicismo sería uno de ellos.[30] Hespanha se concentra en los discursos generados por la historiografía jurídica y apunta varias funciones que habrían cumplido a lo largo de la historia.

Una de ellas sería la generación o refuerzo de consenso social alrededor de instituciones a partir de la creencia de que proceden de un pasado remoto. Para ello se trazaban líneas de continuidad semántica a partir de la continuidad terminológica de términos como Estado o Ciudad. Para ejemplificar esta idea, Hespanha habla de términos como « familia, persona, democracia, libertad, obligación, contrato, propiedad, robo o asesinato ».[31] En todos estos casos el mecanismo es el mismo: se trata de no tener en cuenta que ha habido un proceso de cambio de significado a través de varias capas de productores de discurso, cada uno de ellos perteneciente a una cultura diferente.[32] Según Hespanha

> los conceptos jurídicos integran campos semánticos estructurados que producen sentido y que a su vez reciben influencias semánticas y connotaciones de diferentes niveles de lenguaje (lenguaje ordinario, ético, religioso, político, médico) y son apropiados de manera distinta por parte de los diferentes estratos sociales y culturales y que sirven, en consecuencia, a estrategias argumentativas diferentes.[33]

Este carácter atemporal de los conceptos aparece en leyes y constituciones. Lo hemos visto en los casos de Croacia y Hungría. También los encontramos, y esto interesa a Hespanha, en la historiografía jurídica, que también ha

28 Fögen (2002) 10.
29 Hespanha (2004).
30 Hespanha (2004) 42.
31 Hespanha (2004) 43.
32 Hespanha (2004) 43.
33 Hespanha (2004) 43.

generado a lo largo del tiempo discursos legitimadores de proyectos políticos. Tengamos en cuenta el papel de esta disciplina en la formación de los actores jurídicos. Como recordaba recientemente Lena Foljanty, « el derecho no solo está configurado por normas, instituciones e ideas sino también por estructuras de pensamiento jurídico enraizadas en la tradición ».[34] Estas se reproducen también a través de la enseñanza del derecho, en la que la historia tiene un lugar.

Toda reconstrucción del pasado es, en realidad, construcción o invención. Es, usando a De Giorgi, la construcción de un segundo tiempo pasado.[35] Como explicaré más adelante, reconstruir el pasado implica utilizar unas lentes del presente y, por tanto, proyectar determinadas concepciones del mundo presente. Para mi propósito interesa sobretodo la función en el presente de la historia que la metodología que usa esta.

En este sentido, no interesa aquí diferenciar entre historia académica e historia no académica. En ocasiones, las leyes se apoyan en un pasado reconstruido por visiones canónicas de la historia. En otras se basan en lo que François Dosse[36] llamó « historia en migajas »: la que está contenida en documentales de televisión y libros producidos para el gran público. Pese a no tener el rigor de los libros científicos, esta « histoire en miettes » suele tener un impacto en la sociedad y en la política. Dosse advertía contra el desprecio a esta historia señalando que transmite valores e ideología.

No deberíamos despreciar la historia vulgar o poco científica que escribe el legislador, aunque adopte la forma de propaganda o se refiera a mitos demostradamente falsos. Nos interesa no lo que pudo suceder en el pasado sino el efecto de la invención del pasado en la construcción de la realidad en las sociedades del presente.

Christian Giordano, antropólogo de la historia, habla de « historia actualizada » (*actualized history*) para referirse a la construcción que los actores sociales hacen del pasado en el presente y explica las funciones de esta operación.[37] Para el antropólogo, esta actualización del pasado sirve para crear o mantener mitos fundacionales que, a su vez, ayudan a reforzar el

34 Foljanty (2015) 6.
35 De Giorgi (2004) 143.
36 Dosse (2010).
37 Giordano (1996).

consenso social alrededor de una determinada institución o proyecto político.[38] Además, la historia actualizada puede servir para destruir el pasado, esto es: eliminar aquellos elementos del pasado que a los ojos del presente resultan bárbaros y crueles, y para justificar una supuesta reversibilidad del pasado: volver a lo que supuestamente sería el estado de cosas de un momento anterior.[39]

Giordano, apoyándose en Michael Herzfeld, critica el carácter peyorativo que a partir de la obra de Hobsbawm y Ranger se le ha dado al concepto de « invención ».[40] Esta palabra sugiere una dolosa elaboración de una falsedad histórica cuando, en realidad, como demuestra Giordano, este proceso de invención afecta a toda reconstrucción del pasado, científica o no, y mezcla elementos reales con otros que se han ido creando, consciente o inconscientemente a lo largo de los años.[41]

Y es que la historia actualizada, como señala Giordano, es « historia interiorizada en uso ».[42] Se caracteriza por su propia formación de símbolos, mitos, construcciones e invenciones. Puede servir como instrumento de dominación, estrategia de resistencia, objeto de identificación, elemento de cohesión social o detonador de conflictos colectivos. En todo caso, y siguiendo a Clifford Geertz, « toda colectividad tiene un capital cognitivo referido a su propio pasado que representa la base de una particular conciencia o sensibilidad histórica ».[43] La « historia actualizada » es por ello un componente esencial en los procesos sociales básicos en los que los miembros de la colectividad están involucrados.[44]

Una importante manifestación de esta historia actualizada se da claramente en la creación y re-producción de mitos fundacionales. Giordano pone el ejemplo del juramento de Grütli, que ha sido considerado como momento fundacional de la Confederación Helvética. El pacto supuestamente celebrado en 1291 entre representantes de tres territorios no es el más antiguo ni el mejor documentado de esa época. Pero fue celebrado por tres territorios

38 Giordano (1996) 100.
39 Giordano (1996) 102.
40 Herzfeld (1991) 12, 46, 205.
41 Giordano (1996) 101.
42 Giordano (1996).
43 Geertz (1983) 175. Litado por Giordano (1996).
44 Giordano (1996) 106.

considerados el corazón de la nación y por esa razón se celebra este y no otro pacto entre cantones.

Otro caso de actualización de la historia según Giordano consiste en la destrucción del pasado. Esto se consigue, entre otras cosas, eliminando del callejero y del espacio público las referencias a un determinado periodo histórico. Esto sucedió por ejemplo en la República Democrática de Alemania, en la que se eliminaron las referencias a la historia alemana anterior a 1945.[45] De esta manera se reforzaba el consenso social alrededor de un régimen que supuestamente había superado completamente el nazismo.

La historia actualizada se manifiesta en ocasiones, según Giordano, como « pasado reversible », es decir: mostrando la posibilidad de restaurar periodos anteriores. Esto sucede por ejemplo en la actual República Federal de Alemania, que con la destrucción del patrimonio de la RDA y la reconstrucción de edificios del periodo anterior a 1945 intenta presentar la historia de la RDA como un accidente.

Giordano hace referencia a la función social de la historia y solo de forma implícita se refiere al papel de los valores éticos en este proceso de selección, manipulación o destrucción de acontecimientos del pasado. Este aspecto resulta de enorme importancia en nuestro momento actual en el que toda sociedad, democrática de facto o en apariencia, pretende estar basada sobre principios como la democracia, los derechos humanos y la lucha por la emancipación.

En estos procesos de creación del pasado la imaginación es muy importante. Para Giordano es inevitable una consciente o inconsciente combinación de imaginación y realidad en la narración del pasado.[46] Y de nuevo debemos estar prevenidos contra la crítica a la imaginación: una capacidad intelectual que habitualmente se relaciona con la literatura, el arte y, también, con la infancia. La imaginación es determinante en la toma de decisiones del ser humano. Para entenderlo pueden ayudar algunas ideas de la economía o de la sociología de la economía. Como afirmaba recientemente Jens Beckert,

45 Giordano (1996) 103.
46 Giordano (1996) 103.

> la capacidad de ficción de los humanos es una Fuente de innovación y novedad. Los humanos pueden imaginar un mundo diferente al existente y" vivir" en ese mundo a través de representaciones mentales. (…) La capacidad de los humanos de imaginar cosas que nunca fueron puede contribuir a la [creación de] situaciones futuras a través de acciones que las motiven.[47]

En la economía y también en la sociedad en general la capacidad de imaginar el futuro determina decisiones fundamentales en el presente. Pero no todo producto de la imaginación debe identificarse con una utopía a la que deben dirigirse todas las acciones del ser humano. Como afirma Beckert,

> Las expectaciones ficticias no son teleológicas en el sentido de que los actores fijan un estado futuro en su mente y todos los pasos tomados derivan de esta representación de un objetivo. Los imaginarios y los formas de actuar surgen en un proceso de influencia recíproca en el cual los objetivos y los medios se comunican e influyen mutuamente, de acuerdo a las experiencias de la situación y a su interpretación.[48]

Esta referencia al futuro se puede relacionar con lo que François Hartog llama « futurismo »: la tendencia a hacer referencias al futuro que puede darse en el arte, la política o en las ciencias sociales.[49]

Un ejemplo de "futurismo jurídico" lo encontraríamos en el preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn. Esta norma, concebida como provisional por las circunstancias históricas y por la división de Alemania, comienza diciendo

> Conscientes de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, inspirados por la voluntad de preservar la unidad nacional y estatal, para servir a la paz mundial como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida el pueblo alemán (…) para darse una nueva regulación de la vida estatal por un periodo transitorio…

Se hace referencia a un « periodo transitorio » que duraría hasta la consecución de la « unidad nacional y estatal ». En su preámbulo, a Constitución actual dice expresamente que los alemanes « han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán ».

François Hartog, al que ya he citado en varias ocasiones, acuñó el concepto « régimen de historicidad » para referirse a la construcción que realiza una sociedad de su propio pasado pero también el proceso mediante el cual

47 Beckert (2011) 24.
48 Beckert (2011) 24.
49 Hartog (2002) 149.

un sujeto, en base a la historia, toma conciencia de su comunidad humana.[50]

Eric Hobsbawm y Terence Ranger hicieron referencia a los valores al analizar lo que bautizaron con éxito como « invención de la tradición ». Afirmaban estos autores que la « tradición inventada » implica un grupo de prácticas, normalmente gobernadas por reglas aceptadas abierta y tácitamente y de naturaleza simbólica o ritual, que buscan inculcar determinados valores o normas de comportamiento por medio de su repetición, lo cual implica automáticamente continuidad con el pasado.[51]

Los autores británicos dejaron de lado la invención de la tradición por parte de las ciencias sociales y del derecho. Pero su definición y análisis de estos fenómenos nos resulta igualmente útil. La repetición de rituales, estudiada por ambos, se da también en el ámbito institucional y en el jurídico. Los rituales del 11 de septiembre, el nombre y los vestidos de gala de la policía catalana o la arquitectura del barrio gótico buscan precisamente un relato histórico de continuidad con una comunidad que, a decir del preámbulo del Estatuto de Cataluña de 2006, ha tenido « a lo largo de los siglos una vocación constante de autogobierno ».

Recapitulando lo visto hasta ahora podemos concluir que el historicismo jurídico consistiría en la actualización del pasado o la historia actualizada que opera a través de discursos jurídicos, ya sean leyes, sentencias o textos doctrinales o histórico-jurídicos. Este historicismo tiene una función legitimadora: sirve para señalar un origen de la comunidad que produce el derecho, puede buscar reforzar o crear consenso social alrededor de una norma o puede pretender señalar o subrayar unos valores éticos recogidos por el ordenamiento jurídico o por una norma en su conjunto.

Construir desde la historia del derecho un discurso que analice el historicismo jurídico implica previamente trascender una determinada concepción de la historia del derecho. Si concebimos a esta como una historia legalista, estatalista y que explica una progresión lineal del derecho, no cabe un discurso crítico sobre el historicismo que, en términos generales, sigue esta idea de progresión linear. El carácter estatalista y legalista de cierta historiografía jurídica supone también un obstáculo para este propósito al reducir el derecho a la ley sin tener en cuenta la dimensión cultural y

50 Tomo prestada la traducción oficial de la *Grundgesetz* de la página web del Bundestag https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf.

51 Hobsbawm, Ranger (2002) 8.

simbólica de la misma. Debemos por tanto superar el carácter uniforme, unidimensional y no conflictivo del derecho para poder analizar la dimensión historicista del mismo.

La perspectiva global y transnacional que desde Frankfurt propone Thomas Duve para la historia del derecho resulta de utilidad para acercarnos a experiencias jurídicas como la que aquí estudiamos. El cuestionamiento de la historiografía tradicional que plantea nos permite dar un salto y observar la dimensión cultural del derecho. La crítica a una aproximación demasiado simplista al fenómeno de los trasplantes jurídicos permite indagar en la multidimensionalidad de los discursos jurídicos. Es decir: tratar el derecho no solamente como discurso normativo sino también como discurso cultural, simbólico y político.[52]

En este sentido el mismo Thomas Duve, desde esta perspectiva y en su propuesta de arqueología de la disciplina, ya indica como la propia *europäische Rechtsgeschichte* aparece en un determinado contexto científico y político, el de la Alemania posterior a 1945.[53] El nuevo papel de la RFA en la construcción de la Comunidad Europea explica la visión de Europa y del derecho subyacente a la disciplina que se desarrolla en Frankfurt.

En este sentido resultan de utilidad propuestas como las de Nikolaus Linder e Inge Kroppenberg de superación del legalismo y de uso de la antropología. Según estos autores

> el derecho moderno no es tanto un orden normativo, y mucho menos uno universal, como un sistema de creencias cuyas reglas "no solamente regulan comportamientos [sino que] además las construyen", como mantiene Clifford Geertz, su "poder imaginativo o constructivo o interpretativo está enraizado en los recursos culturales colectivos más que en las capacidades de los individuos".[54]

Comparto con estos autores que la racionalidad weberiana no es neutra y que, por tanto, no sirve para analizar el derecho desde el punto de vista que aquí nos interesa. Su propuesta en cambio incide en el carácter cultural y formativo del derecho y, en este sentido, nos permite analizar el valor cultural, simbólico y político del derecho y su relación con la sociedad. Linder y Kroppenberg critican a Luhmann por su planteamiento de que el sistema

52 Duve (2014) 51.
53 Duve (2012) 21.
54 Kroppenberg, Linder (2014) 75.

jurídico necesita para funcionar que aquello que no tiene sentido según sus propios estándares no sea tratado como derecho.[55]

Linder y Kroppenberg proponen estudiar el derecho como « forma simbólica, como matriz y como lugar de memoria de lo político ».[56] Esta nueva posición nos permite acercarnos a la construcción del pasado que hacen las "canciones de la ley", las leyes de memoria trascendiendo su función normativa para investigar de qué manera inciden estas actualizaciones del pasado en la formación de una cultura colectiva en el presente.

Podemos concluir esta parte introductoria con las siguientes ideas básicas: (i) el derecho no es un producto racional solamente normativo sino que es producto de la cultura y a su vez tiene un carácter formativo de la cultura; (ii) el derecho como sistema social actualiza el pasado: utiliza discursos que construyen un pasado. Este mecanismo podemos llamarlo memoria del derecho.; (iii) la (re)construcción de la historia por parte del derecho puede tener dos funciones que pueden desarrollarse simultáneamente: legitimarse a sí mismo, generar consenso social e incidir en la construcción de una cultura o identidad colectiva o generar unos valores de la comunidad a la que se impone la norma; (iv) la historia actualizada por el derecho puede manifestarse mediante la creación o transmisión de un relato sobre el origen de la comunidad y trazando una línea de continuidad entre el pasado y el presente.

Buscando la historia en el derecho: la canción de la ley

Son muchas las formas que utiliza el derecho para construir el pasado. Sería difícil realizar una lista exhaustiva de las experiencias jurídicas que en un momento o en otro han realizado esta invención de la historia. En las siguientes páginas quisiera analizar dos tipos de actualización de la historia por el derecho: los preámbulos legislativos, y analizaré con detalle los presentados en la primera parte de este texto, y las leyes de memoria.

Marie Theres Fögen analizó la naturaleza y función de los preámbulos de las leyes en su obra *La canción de la ley*,[57] en alemán *Das Lied vom Gesetz*.[58]

55 Kroppenberg, Linder (2014) 76.
56 Kroppenberg, Linder (2014) 77.
57 Fögen (2012).
58 Fögen (2006).

Allí desarrolla ideas ya presentadas en una obra de 1995 en inglés: *The Legislator's Monologue*.[59] En el título en castellano y en alemán, utiliza una expresión de Platón referida a los preámbulos, los antecedentes históricos, introducciones o exposiciones de motivos que a lo largo de la historia se han colocado antes del articulado de una ley para presentarlo, interpretarlo o justificarlo. Nos interesa la canción de la ley porque en muchas ocasiones es el medio utilizado por el legislador para crear historia

Escribe Fögen que los preámbulos tuvieron una vida exitosa durante siglos, desde la Antigüedad hasta la Revolución francesa, momento en el que se consideró que la ley debía contener prescripciones y no justificaciones de tipo estético o moral.[60] Durante el nacionalsocialismo, los preámbulos volvieron a ser utilizados profusamente.[61] La nueva República Federal Alemana eliminó la canción de la ley que ahora recupera su prestigio tanto en Alemania como en el derecho europeo.[62]

Según Fögen el « texto antes de la ley se convirtió en la mejor oportunidad de un gobernante para expresar su idea sobre sí mismo, su país y los principios básicos del gobierno ».[63] Para « los preámbulos realizaban el trabajo que más tarde harían las constituciones ».[64] Pero en realidad, las constituciones, estatales o regionales, utilizan especialmente la canción de la ley.

¿Qué objetivo tienen estos preámbulos? Según Fögen, embellecer la ley: transmitir ideas y valores que no pueden aparecer en el articulado. Hacen referencia a principios, valores, a la humanidad o a la comunidad nacional o regional. También a la historia. En las siguientes páginas analizamos dos de las funciones de la construcción histórica en los preámbulos: la creación o difusión de un origen mítico de la comunidad y la creación o transmisión de valores de esta comunidad.

1.- En los preámbulos es frecuente que el legislador lleve a cabo una construcción del pasado. Abundan las referencias a momentos fundacionales. Lo vimos en las constituciones de Croacia, Hungría y en el Estatuto de Cataluña. En estos casos se parte de la continuidad terminológica de palabras

59 Fögen (1995).
60 Fögen (2012) 11 y ss.
61 Fögen (2012) 16.
62 Fögen (2012) 19 y ss.
63 Fögen (1995) 1603.
64 Fögen (1995) 1603.

como nación, Cataluña, Hungría o Croacia para afirmar que el origen de la nación no está en el texto constitucional o en textos constitucionales precedentes sino en un pasado remoto, normalmente la Edad Media.

El caso croata destaca por la importancia de los « fundamentos históricos » que ocupa más de una página. Es por tanto lo primero que se encuentra el lector. Como avanzaba en la introducción, según la Constitución la existencia del Estado croata se fundamenta en

> la identidad nacional milenaria de la nación y el Estado croatas y la continuidad de su estado (*Statehood*) confirmada a lo largo del curso de toda su experiencia histórica así como en la perpetuación y el desarrollo de la idea de construcción del Estado basada en el derecho histórico de la nación croata a la plena soberanía.[65]

Sigue un elenco de hechos históricos presentados como prueba de la existencia milenaria de Croacia. Entre estos se presenta la creación de los principados croatas en el siglo VII y el estado independiente medieval del siglo IX y diez episodios más, siendo el último « el rechazo del régimen comunista » y la guerra de liberación de 1991 a 1995.[66] Sigue la parte de fundamentos históricos estableciendo solemnemente que en base a

> estos hechos históricos y a los principios universalmente aceptados que gobiernan el mundo contemporáneo y al inalienable e indivisible, no transferible y perpetuo derecho de la nación croata a la libre determinación y a la soberanía estatal…. Se establece por la presente el Estado nacional de la nación croata.[67]

Sin duda, la función de esos fundamentos es legitimar la existencia de Croacia como Estado haciendo referencia a un origen de la estatalidad croata, los principados del siglo VII, y a su continuidad desde entonces. En la parte final de esta introducción, estos « hechos históricos » antecedan a « los principios universalmente aceptados que gobiernan el mundo contemporáneo » a la hora de justificar el « derecho de la nación croata a la libre determinación y a la soberanía estatal ».

En el preámbulo de la Constitución húngara, también citada en la introducción, se establece lo siguiente:

65 Constitución de Croacia, cit.
66 Idem.
67 Idem.

> Estamos orgullosos de que nuestro Rey San Esteban construyó el Estado húngaro con bases sólidas e hizo de nuestro país una parte de la Europa cristiana hace mil años.
> Estamos orgullosos de que nuestros antecesores lucharan por la supervivencia, la libertada y la independencia de nuestro país.
> Estamos orgullosos de los destacables logros intelectuales del pueblo húngaro.
> Estamos orgullosos de que durante siglos nuestro pueblo defendió a Europa en una serie de luchas y que enriquecieron los valores comunes de Europa con su talento y diligencia.[68]

Según esta canción fue el Rey San Esteban quien « construyó el Estado húngaro » en el siglo XI y quien unió Hungría a Europa. El territorio de Hungría siempre ha sido europeo pero con San Esteban sus habitantes se convirtieron al Cristianismo, con lo cual se da aquí una identificación entre un ámbito geográfico y una religión.

A esta declaración de orgullo por la historia milenaria de Hungría le siguen otras referencias al pasado:

> Honramos los logros de nuestra constitución histórica y honramos asimismo la Sagrada Corona que expresa la continuidad constitucional del Estado de Hungría y la unidad de la nación.
> No reconocemos la suspensión de nuestra constitución histórica debida a ocupaciones extranjeras. Negamos cualquier estatuto de limitaciones por los crímenes inhumanos cometidos contra la nación húngara y sus ciudadanos bajo las dictaduras nacionalsocialista y comunista.
> No reconocemos la constitución comunista de 1949 porque fue la base de una tiranía y por tanto al declaramos inválida.[69]

En este caso también se habla de una continuidad nacional e institucional milenaria interrumpida por invasiones extranjeras: la nacionalsocialista y la soviética que, a decir de esta declaración, no habrían contado con ninguna complicidad por parte de Hungría y serían totalmente ajenas a su historia. La nación húngara, de esta forma, no se identifica con la opresión sino con la lucha por la identidad cristiana.

En estos casos, el constituyente no solo utiliza la historia para embellecer la ley, para darle más fuerza y generar consenso en torno a ella. Sin entrar a valorar los efectos que pueda tener en la aplicación de las normas de derecho, está claro que la proyección de una identidad y de una historia sobre una

68 Constitución de Hungría, cit.
69 Idem.

comunidad humana, la nación húngara del siglo XXI, está creando esta identidad colectiva de una comunidad « orgullosa de su historia ».

Estos textos buscan « impulsar la historia como medio para revelar el espíritu nacional – si eso ha existido alguna vez »,[70] algo que António Hespanha criticó en 2004 por los graves problemas metodológicos que implica.

En el caso de Cataluña encontramos también referencia a los orígenes y al desarrollo de las instituciones catalanas. Así comienza el preámbulo:

> Cataluña ha ido construyéndose a lo largo del tiempo con las aportaciones de energías de muchas generaciones, de muchas tradiciones y culturas, que han encontrado en ella una tierra de acogida.
> El pueblo de Cataluña ha mantenido a lo largo de los siglos una vocación constante de autogobierno, encarnada en instituciones propias como la Generalitat -que fue creada en 1359 en las Cortes de Cervera- y en un ordenamiento jurídico específico recogido, entre otras recopilaciones de normas, en las « Constitucions i altres drets de Catalunya ». Después de 1714, han sido varios los intentos de recuperación de las instituciones de autogobierno. En este itinerario histórico constituyen hitos destacados, entre otros, la Mancomunidad de 1914, la recuperación de la Generalitat con el Estatuto de 1932, su restablecimiento en 1977 y el Estatuto de 1979, nacido con la democracia, la Constitución de 1978 y el Estado de las autonomías.

Según la canción de la ley, el pueblo catalán desde tiempos remotos siempre habría tenido una « vocación constante de autogobierno ». Se proyectan unas determinadas características y categorías del presente como pueblo, autogobierno al pasado medieval. Se traza asimismo una línea de continuidad del derecho y de las instituciones catalanas que, partiendo de la Edad Media, llegaría hasta 1714, fecha de pérdida de las libertades.

1714 es para la sociedad, para parte de la historiografía y también para el derecho catalán una fecha simbólica que marca un antes y un después, el final de una etapa histórica y el comienzo de una nueva. Es lo que François Hartog llama brecha.[71] El historiador francés habla de « régimen de historicidad » para referirse a « un orden dominante del tiempo... una forma de traducir y de ordenar las experiencias del tiempo – maneras de articular el pasado, el presente y el futuro – y de darle sentido ».[72] En este sentido podríamos hablar de un "régimen de historicidad catalana" o "régimen catalán de historicidad" en el que 1714 supondría una brecha entre un tiempo

70 Hespanha (2004) 42.
71 Hartog (2002) 21.
72 Hartog (2002) 147.

pasado pero en el que Cataluña gozaba del autogobierno, vocación centenaria del pueblo catalán, y un tiempo posterior a 1714, más moderno por tanto pero en el que Cataluña carece de autogobierno.

El preámbulo hace referencia a la pérdida de autogobierno de 1714 y a un « itinerario histórico » posterior constituido por « los intentos de recuperación de las instituciones de autogobierno ». Se habla por tanto de un itinerario (« recuperación de las instituciones de autogobierno ») pero no se expresa si este ha sido concluido ya. Parecería que el legislador quisiera expresar que la vocación de autogobierno está demediada desde 1714 y que su realización no se ha producido por completo. Esta reconstrucción de la historia, compartida por discursos políticos y también por cierta historiografía jurídica, mira al pasado libre anterior a 1714 y al futuro en el que se recuperará el autogobierno perdido en esa fecha.

Pero fijémonos en el primer párrafo de ese mismo Preámbulo: « Cataluña ha ido construyéndose a lo largo del tiempo con las aportaciones de energías de muchas generaciones, de muchas tradiciones y culturas, que han encontrado en ella una tierra de acogida ». A diferencia de lo que ocurre con las constituciones húngara y croata, en el estatuto catalán no hay una identidad nacional invariable sino un grupo humano surgido de las « aportaciones de muchas generaciones, de muchas tradiciones y culturas ».

2.- Hemos visto hasta aquí tres casos de historicismo jurídico que crea o proyecta un mito fundacional, un momento original de la comunidad política. La invención de la historia también puede servir para crear y/o transmitir valores a través del recuerdo de episodios heroicos o del sufrimiento de un grupo de sujetos. Obviamente, la transmisión de valores también puede operar mediante la creación de un origen mítico. Analizo a continuación tres casos en los que se transmiten valores a partir de la creación de episodios históricos que no coinciden con ese origen mítico. Son casos en los que la máxima *historia magistra vitae* se ve reflejada.

Un primer caso sería el ya citado Estatuto catalán de 2006. Esta norma nos brinda un primer ejemplo. En él encontramos referencias expresas a valores que fueron creados durante un proceso histórico y que han perdurado en la actualidad. Leemos en la canción de esta ley lo siguiente:

> La libertad colectiva de Catalunya encuentra en las instituciones de la Generalitat el nexo con una historia de afirmación y respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona y de los pueblos; historia que los hombres y mujeres de Catalunya quieren proseguir con el fin de hacer posible la construcción

de una sociedad democrática y avanzada, de bienestar y progreso, solidaria con el conjunto de España e incardinada en Europa.

La historia catalana se presenta aquí como una historia « de afirmación y respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona y de los pueblos » que continúa en la actualidad y que tiene como objetivo valores como la democracia, el bienestar, el progreso y la solidaridad. El elemento futurista vuelve a aparecer en este párrafo al decir que « los hombres y mujeres de Cataluña » quieren proseguir la historia. No existen cesuras en la larga historia de Cataluña y existen un rasgo del pueblo catalán, su carácter luchador por la libertad, que encuentran su origen al menos en los tiempos de creación de la Generalitat, en la Edad Media.

Otro caso de historicismo que nos interesa aquí es el ya citado preámbulo a la ley española de 2015 que reconoce la nacionalidad a los sefardíes originarios de España.[73] En él se hace un interesante recorrido por la historia de la relación entre España y el mundo judío en los siglos XIX y XX. Este preámbulo recoge las ideas más importantes del filosefardismo decimonónico y trata de incidir en la construcción de una identidad colectiva española.

El preámbulo hace referencia específica al Holocausto. Usando un lenguaje anticuado dice que « el sacrificio brutal de miles de sefardíes es el vínculo imperecedero que une a España con la memoria del Holocausto ». En mi opinión la voluntad del legislador aquí es vincular la memoria colectiva de España con lo que Natan Sznaider y Daniel Levy llaman la memoria global del Holocausto.[74] Se trata de modelar mediante una memoria creada un discurso insertable en la cultura cosmopolita de la memoria y también atribuir a un colectivo, la sociedad española, los principios y valores que se le atribuyen a la memoria de la Shoá a partir de los años 80: respeto a los derechos humanos y a la diversidad, rechazo al racismo y al antisemitismo.[75]

El preámbulo se refiere a la labor humanitaria de diplomáticos que salvaron miles de vidas usando un decreto de 1924 que permitió nacionalizar a unos 4000 judíos sefardíes. Aquí el legislador también sitúa a España en el lado de los "justos entre las naciones" escondiendo la ambivalente posición de Franco durante el Holocausto que, si bien permitió salvar a unos miles en

73 Aragoneses (2016) 1 y ss.
74 Sznaider, Levy (2002).
75 Stokholm Banke (2009).

los años finales de la guerra, abandonó a miles de judíos en las manos de sus verdugos y colaboró desde un inicio con el régimen nazi.[76]

En este preámbulo vemos como se construye la historia, rescatando algunos hechos y ocultando otros, con la finalidad de proyectar unos valores y una memoria que son los de la memoria global y que transmite a su vez unos determinados principios. Es difícil resistir a la fuerza de una cultura de la memoria que se extiende por todos los países del mundo, afectados directamente o no por el Holocausto y que, como decía, constituye una cultura cosmopolita y global.

Otro ejemplo de disposiciones que proyectan unos valores y principios éticos o políticos lo encontramos en varias normas de Derecho europeo y de forma especial en los tratados fundacionales. Sabemos que la creación de las comunidades europeas en los años 50 del siglo XX respondía especialmente a motivos económicos, pero el discurso legitimador basado en la referencia a la paz y a los desastres de las guerras pasadas jugó una importante función. En el tratado de la Unión Europea de 1992 todavía encontramos referencias a la historia y a los valores que esta enseña:

> Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho,
> Recordando la importancia histórica de que la división del continente europeo haya tocado a su fin y la necesidad de sentar unas bases firmes para la construcción de la futura Europa…
> Deseando acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones…
> Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa…
> Han decidido crear una Unión Europea.

« Valores universales » como « los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho » son producto de la evolución histórica que se ha dado en Europa. Son la « herencia cultural, religiosa y humanista de Europa », de modo que se hace una referencia general a la historia de Europa. Pero aquí la herencia del pasado toma forma en valores como la democracia y los derechos humanos. Esto implica seleccionar solamente aquellos acontecimientos de la

76 Aragoneses (2016).

historia reciente de Europa que evocan esos mismos valores y excluir los que no lo hacen.

Se nombra solamente el episodio de « la división del continente europeo » que ha llegado a su fin. Tratándose de un texto de 1992, el legislador europeo se está refiriendo claramente a la división en bloques entre 1949 y 1989, obviando otras divisiones anteriores.

Vemos por tanto que el derecho aquí crea historia, selecciona episodios a recordar y otros que deben ser olvidados con el objetivo de proyectar unos valores positivos sobre Europa y su historia.

Recientemente las instituciones europeas han girada la vista hacia el pasado, aprobando diversas declaraciones sobre el valor actual de episodios históricos. El Parlamento Europeo ha emitido en los últimos años diversas declaraciones pronunciándose sobre el pasado reciente de Europa. Si bien no estamos ante casos de "canciones de la ley" hemos de tener en cuenta su valor normativo e inspirador de otras normas.

Antes me he referido a la declaración del Parlamento Europeo estableciendo el 23 de septiembre como día de recuerdo de las víctimas del nazismo y el estalinismo,[77] la que fue aprobada recordando el Holodomor,[78] o la resolución sobre conciencia europea sobre el totalitarismo.[79] En todos estos casos se actualizan episodios del pasado con el objetivo de honrar a las víctimas y de actualizar los valores que transmite su memoria. Estos valores serán diferentes según como se realice la reconstrucción del episodio histórico en cuestión.

En la declaración del Parlamento europeo de 23 de septiembre de 2008 que impone la conmemoración de las víctimas del nazismo y del estalinismo hace referencia al régimen hitleriano para recordar que « el Pacto Molotov-Ribbentrop de 23 de agosto de 1939 entre la Unión Soviética y Alemania dividió Europa en dos esferas de intereses mediante protocolos secretos adicionales ».[80]

77 Parlamento Europeo: Declaración de 23 de septiembre de 2008 sobre proclamación del 23 de septiembre como Día Europeo Conmemorativo de las Víctimas del Estalinismo y del Nazismo, cit.

78 Parlamento Europeo: Resolución de 23 de octubre de 2008 sobre la conmemoración del Holomodor, cit.

79 Parlamento Europeo: Resolución de 2 de abril de 2009 sobre conciencia europea sobre el totalitarismo, cit.

80 Parlamento Europeo: Declaración del 23 de septiembre de 2008, cit.

La declaración equipara « las deportaciones, los asesinatos y la esclavización de masa » del nazismo y del estalinismo para acabar recordando que estos episodios de la ocupación soviética « son poco conocidos en Europa ».

En este caso el creador de la norma unifica todos los regímenes del Este de Europa entre 1945 y 1989 y los equipara al nazismo. De esta manera se están transmitiendo también unos valores y un determinado modelo político y económico. Sin duda la norma busca rememorar las víctimas del estalinismo y equipararlas con las víctimas del nazismo, incluidas las del Holocausto. Recordemos que, en la cultura actual, la Shoá tiene una enorme fuerza generadora de consensos. Pero de alguna manera esta actualización del pasado lleva a cabo, hasta cierto punto, una destrucción de la historia en palabras de Giordano. Se identifica estalinismo con nazismo ocultando que el régimen soviético fue aliado de democracias occidentales en la lucha y derrota del nazismo en Europa y eliminando asimismo episodios como el de la dictadura franquista.

Conclusiones: la historia en el derecho hoy

En las páginas precedentes hemos presentado la importancia del historicismo jurídico en el tiempo "presentista" actual. La invención del pasado y su transmisión siguen siendo un mecanismo de autolegitimación de los sistemas sociales, incluido el derecho. Este historicismo jurídico puede aparecer en preámbulos de normas, en su articulado, en sentencias o en la literatura histórico-jurídica que sirve para formar a los juristas.

La construcción del pasado puede servir para legitimar el derecho, pero también crea y modela la comunidad sobre la que se aplica: generando o transmitiendo un origen mítico, (re)creando episodios de heroicidad o de sufrimiento también se pueden proyectar valores sobre el grupo humano que genera el derecho pero que es influido por él. Por tanto, a la hora de estudiar la identidad colectiva de un determinado grupo y sus transformaciones, resulta fundamental el estudio de los discursos políticos pero también de la literatura como ya hacen algunos autores.[81] Creo que también deberíamos añadir los discursos del derecho.

81 Miralles (2016) 18.

El historicismo jurídico es un fenómeno que puede tener más o menos relevancia pero ha sobrevivido a diferentes periodos y a diferentes "brechas". Nada indica que este fenómeno vaya a desaparecer. Convendría analizar la influencia que estas creaciones del legislador pueden tener en la construcción de la realidad jurídica y social en el presente y en el pasado.

Ninguna invención de la historia es neutra. En el contexto actual es difícil que el legislador nacional muestre en el articulado de las leyes su lado menos agradable. Si lo hace, le queda la canción de la ley. Y le queda la historia.

Bibliografía

Andreu Miralles, Xavier (2016), El descubrimiento de España. Mito romántico e identidad nacional, Barcelona

Aragoneses, Alfons (2016), Convivencia and filosefardismo in Spanish Nation-building, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2016–05, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2798054

Beckert, Jens (2011), Imagined Futures. Fictionality in Economic Action, Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 2011–8

Belavusau, Ulad, Gliszczynska-Garabias, Alexandra (Eds.) (2017), Law and Memory. Towards legal Governance of History, Cambridge, 1–26

Cerdà Serrano, Jordi (2015), Historicismo y legalismo en los discursos franquistas sobre la monarquía española. La Ley de sucesión en la Jefatura del Estado de 1947, in: Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid 32, 98–126

Contreras Peláez, Francisco J. (2005): *Savigny y el historicismo jurídico*, Madrid

De Baets, Antoon (2017), The United Nations Human Rights Committee's View of the Past in: Belavusau, Ulad, Alexandra Gliszczynska-Garabias, Memory Laws, Cambridge (en prensa)

De Giorgi, Raffaelle (2004), Rom als Gedächtnis der Evolution, in: Rechtsgeschichte, 4, 142–161, http://dx.doi.org/10.12946/rg04/142–161

Dilcher, Gerhard (2016), The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 24, 20–72, http://dx.doi.org/10.12946/rg24/020–072

Dosse, François (2010), Histoire en miettes, des *Annales* à la « nouvelle histoire », Paris

Duve, Thomas (2012), Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, in: Rechtsgeschichte – Legal History, 20, 18–71, http://dx.doi.org/10.12946/rg20/018–071

Duve, Thomas (2014), European Legal History – Concepts, Methods, Challenges, in: Id. (Ed.), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 29–66, http://dx.doi.org/10.12946/gplh1

Fernández Carvajal, Rodrigo (1955), El historicismo jurídico en España (1700–1850), tesis inédita, Universidad de Madrid

Fögen, Marie Theres (1995), The legislator's monologue. Notes on the history of preambles, in: Chicago-Kent Law Review 70, 1593–1620

Fögen, Marie Theres (2002), Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen

Fögen, Marie Theres (2006), Das Lied vom Gesetz, München

Fögen, Marie Theres (2012), La canción de la ley, Madrid. Traducción de Federico Fernández Crehuet

Fögen, Marie Theres (2002), Referenz Rom in der Evolution der Gesellschaft, en: Vismann, Cornelia(Hg.), Referenz Rom. Materialien, Frankfurt am Main, 9–14

Foljanty, Lena (2015), Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor, in: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series 2015-09, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682465

Fukuyama, Francis (1992), The End of history and the last Man, London

Geertz, Clifford (1983), Local Knowledge. Essays on interpretive anthropology, New York

Giordano, Christian (1996), The past in the present. Actualized history in the social construction of reality, in: Focaal 26–27, 97–107

Hartog, François (2012), Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps, Paris

Herzfeld, Michael (1991), A place in history. Social and Monumental town in a Cretan town, Princeton

Hespanha, António Manuel (2004), Legal History and Legal Education, in: Rechtsgeschichte, 4, 41–56, http://dx.doi.org/10.12946/rg04/041-056

Hobsbawm, Eric, Ranger, Terence (2002), La invención de la tradición, Barcelona. Traducción castellana de Omar Rodríguez

Kroppenberg, Inge, Linder, Nikolaus (2014), Coding the Nation. Codification History from a (Post-)Global Pespective, in: Duve, Thomas (Ed.): Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches, Frankfurt am Main, 67–100

Lloredo Alix, Luis (2014), El Discurso Preliminar de Argüelles a la Constitución de 1812 y el historicismo jurídico en España, in: Revista de Historiografía 20, 157–169

Lloredo Alix, Luis (2015), Der spanische Savigny: zwischen Historismus, Nationalismus und Traditionalismus, in: Rückert, Joachim, Thomas Duve (Hrsg.): Savigny international?, Frankfurt am Main, 161–202

Luhmann, Niklas (1993), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main

Solla, Julia, Massimo Meccarelli (2016), Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: An Introduction, in: Id. (Eds.), Spatial and Temporal Dimen-

sions for Legal History. Research Experiences and Itineraries, Frankfurt am Main, 3–36

Stokholm-Banke, Cecilia (2009), The legacies of the Holocaust and European identity after 1989, Danish Institute for International Studies Working Paper, 2009–36, http://www.diis.dk/en/node/1776

Sturmel, Philippe (2002), L'école historique française du droit a-t-elle existé?, in: Rechtsgeschichte 1, 90–121, http://dx.doi.org/10.12946/rg01/090–121

Sznaider, Natan, Levy, Daniel (2002), Memory Unbound: The Holocaust and the Formation of Cosmopolitan Memory, in: European Journal of Social Theory 5, 87–106

Indice